

POR DON LVYS DE RODA Y PEREA,

VEZINO DE LA CIVDAD DE MVRCIA.

EN EL PLEYTO

Con doña Maria de Villaseñor Riquelme, muger de don Iuan de Zeuallos, vezino, y Regidor de la dicha ciudad.

Impresso en Granada, en la Imprenta de la Real Chancilleria, por Francisco Heylan.
Año de 1624.

Num. 1. A pretẽsion de dõ Luis de Roda en este pleito es, que se declare auer sido nula la fiança q̃ doña Ysabel de Roda su tia hizo y otorgò para la seguridad de la capitulaciõ y promessa de dote que don Pedro de Villaseñor hizo a la dicha doña Maria de Villaseñor su hija, en la parte que la dicha promessa y capitulacion fue inoficiossa, y consiguientemente se le mande boluer y restituyr con frutos, y rentos el heredamieto de Benamaynete, y Alfoz, que en virtud de la dicha fiança le executò y lleuò la dicha doña Mara de Villaseñor por bienes de la dicha doña Ysa bel de Roda para el saneamiento, y satisfacion de los dos mil ducados del valor del molino y tierras del Amor, que le salio incierto de los bienes que se le dieron en la dicha dote.

Num. 2. Y porque el fundamento principal desta pretension es la inoficiosidad y excesso de la promessa de dote sobre que cayò la fiança de doña Ysabel de Rodá: y aunque en el primero papel se haze euidencia della por las probanças contrarias, y por las escrituras que estan presentadas en este pleyto. Para mayor claridad y justificacion desta pretension bolueremos a tocar este punto breuemente, aduirtiendo, q̃ en las dos probanças que la parte contraria ha hecho para excluyr la inoficiosidad, vna en el pleyto executiuo, y otra en este, todo lo que dizen sus testigos en sustancia es, que al tiempo qne don Pedro de Villaseñor casò a la dicha doña Maria tenia muy grã cantidad de bienes libres rayzes y muebles y semouientes, en que cabian muy bien los cinco mil ducados que le dio de dote en la legitima que dellos le podia pertenecer a la dicha doña Maria como a vno de dos hijos que entonces tenia el dicho don Pedro: por manera que todos van con presupesto, que el valor de los bienes libres era hasta diez mil dudados, y los bienes

bienes que todos ellos dizen tenia, son el molino, y tierras del Amor, y el oficio de Regidor, vna manada de ganado, bueyes, y mulas, y apero de labor, cauallos, plata, tapicerias, y omenaje de casa: y esto q̃ por mayor dizen todos los testigos de ambas probãças, se ha de reduzir a lo que especialmente depone Francisco de Balibrera, mayordomo que fue del dicho don Pedro de Villaseñor al tiempo de la promessa, y dotacion, y muchos años antes, y despues: el qual presentado por la parte contraria en la probança del pleyto viejo, pieç. B. fol. 14. a la segunda pregunta dize, que los bienes libres del dicho don Pedro, eran el oficio de Regidor, y el molino del Amor, con nueue tahullas de moredal, dos cauallos regalados, dozientas cabeças de ganado lanar, y cabrio, dos pares de mulas, y dos yuntas de bueyes, mucha plata de seruicio, tepicerias, y otros buenos adornos de casa. Y supuesto que el oficio de Regidor, y el molino, y tierras del Amor, valian 7U680. ducados, (como adelãte se dirà,) harto es que los bienes muebles, y ganados que expressa el mayordomo, valiessen 2U320. ducados, cumplimiento a los 10U. ducados que insinuan los testigos.

Y considerando el patrimonio de don Pedro de Villaseñor, hasta en la dicha cantidad de los 10U. ducados, que los testigos dizen tenia al tiempo de la promessa, y dotacion, sin atender a los que dexò al tiempo de su muerte, porque fueron tan pocos, que sus hijos repudiaron la herencia: y auiendose hecho concurso de acreedores sobre ellos, no huuo para pagar las deudas, como consta del testimonio del dicho pleyto, y sentencia de graduacion, pieç. E. y descontando del valor de los dichos bienes los censos, y deudas que sobre ellos tenia el dicho don Pedro al tiempo de la promessa, vt *ex l. subsignatum, §. bona, ff. de verb. signif. l. fundi Trebatiani, ff. de vsufruct. legat.* tradit in terminis post plures alios Baeça *de non meliorand. filiab. cap.* 28. per totum Azeued. *in l. 1. tit.* Nnm. 3.

2. *lib.* 5. *num.* 16. el excesso, y inoficiosidad de la dicha dote, viene a ser en mucho mas de tres mil ducados.

Num. 4. Porque el molino del Amor con las nueue tahullas de moredal, valian 3U280. ducados, considerãdolo conforme al aprecio que del se hizo en la escritura de promessa, y dotacion, en que doña Maria lleuò apreciado en 2U. ducados la mitad del molino, y las nueue tahullas: y considerãdo las nueue tahullas a razon de 80. ducados cada vna, conforme al aprecio en q̃ la misma doña Maria tomò los moredales de don Luys de Roda, como consta por los autos cõpulsados, pieç. A. 4. fol. 6. viene a montar 720. ducados, y queda la mitad del molino en 1U280. ducados: por manera, que segun este aprecio, el molino entero vale 2U560. ducados, y las tahullas 720. que hazen los 3U280. ducados, sin embargo que los testigos de la parte contraria digan que valian 4U. ducados, y otros que valian 40U. reales.

Num. 5. Destos 3U280. ducados, se han de baxar 1U520. ducados del valor de la mitad del molino, y tres tahullas del dicho moredal, que es vinculado, y lo era al tiempo de la promessa, por las escrituras que se refieren en la primera informacion, fol. 3. pag. 1. & pag. 2. vsque ad medium: y sobre la otra mitad del molino, y las seys tahullas de moredal restantes, que eran bienes libres, auia de censos anteriores a la promessa de dote 1U750. ducados: por manera, que de 1U760. ducados que montaua el valor de todo ello, no veniã a quedar de hazienda propria mas que 10. ducados baxadas las deudas, como se refiere en la primera alegacion, fol. 4.

Num. 6. El oficio de Regidor se vendio en 4U400. ducados por el mismo don Pedro, y deste valor sean de baxar 2U. ducados que sobre el tenia impuestos de censo, como consta por la escritura de venta, que està en la pieç. B. fol. 4. Por manera, que de los 7U680. ducados que montan estas dos pieças, el oficio de

Regi-

Regidor, y el Molino, solo tenia de hazienda libre don Pedro de Villaseñor 2U010. ducados, que junto con los 2U320. ducados, que como queda aduertido arriba valian los bienes muebles, venian a ser 4U330. ducados todo el valor de los bienes al tiempo de la dotacion, de los quales no podia tocar a la dicha doña Maria mas que la mitad; de que resulta, que la promessa, y dotacion que su padre le hizo, fue inoficiosa, y excesiua en mas de 2U800. ducados.

Esto no considerando al dicho don Pedro, deudor de mucha mayor suma de marauedis de la dote de la dicha doña Ysabel de Roda su segunda muger, conforme a vna escritura de que hasta aora no se ha hecho mencion, y està en los autos compulsados del pleyto viejo, pieç. A. 3. fol. 471. & sequentibus. Y lo que en substancia contiene es, que por muerte de doña Ysabel de Roda, don Luys de Roda, y los demas sus herederos tratauan de cobrar la dote del dicho don Pedro de Villaseñor, que montaua tres quẽtos 970U600. marauedis sin las arras; y auiendoles entregado el dicho don Pedro en los bienes rayzes dotales, en especie, y en bienes mubles, dos quentos 765U970. marauedis, y quedando deudor de vn quento 204U706. marauedis, dizen por la dicha escritura, que le remiten, y perdonan mil ducados que le mando de arras, a tento a que quando se casò con la dicha doña Ysabel, no tenia bienes libres de que poderlas mandar, y que despues durante el matrimonio auia consumido mucha parte de la dicha dote; y remitieron asimismo el vn quento 204U706. marauedis del alcãce, porque no tuuo de que pagarlos, y por ello se desistio del vsufructo que su muger le auia dexado de los bienes rayzes. Con esta escritura se haze euidencia infalible de la inoficiosidad, y excesso, porque aunque los bienes muebles, y semouientes que don Pedro tenia, valieran 5U. ducados, (que es imposible,) baxando dellos lo que deuia de la dote, viene a quedar por patrimonio suyo Nnm. 7.

menos de 4U. ducados para legitimas de los dos hijos.

Nnm.8. Y con el presupuesto firme, de auer sido la dote de doña Maria de Villaseñor inoficiosa, y excesiua en tan gran cantidad, y por esto nulla ipso iure, por la prohibicion, y clausula irritante de la *ley 1.titu.2. lib.5.recop.* que es la pregmatica 101. de Madrid, se fundò en el primero papel por todo el segundo articulo, que la obligacion, y fiança de doña Ysabel de Roda, fue asimismo nulla, *ex l. mulier contra Senatus, ff. ad Velleianum, l. cum lex, ff. de fideiussorib.* & ex ipsius pragmaticæ vltimis verbis, quæ ad hoc expendunt Baeç. Azeued. Cald. Perei. & Anton. Heringi, quos ibi retulimus: y consiguientemente, q̃ respeto de la dicha nulidad, no se pudo, ni deuio executar la escritura de la dicha fiança contra los bienes, y herederos de la dicha doña Ysabel de Roda, por el saneamiento de los 2U. ducados del valor del molino, y tierras del Amor, que a la dicha doña Maria de Villaseñor le salieron inciertas de la dicha dote; y que los bienes q̃ en virtud de la dicha escritura tomò, in solut, para hazerse pagada de los dichos dos mil ducados, los tiene indeuidamente. Y se respondio a la dificultad de auerse obligado doña Ysabel juntamente con su marido, como Rea principal iu solidum, y a la dificultad del juramento interpuesto en la dicha escritura, y vltimamente al pacto de la euiccion.

Num. 9. Y aora la dificultad que resultò de la reuista en la Sala, (para cuya satisfacion se haze la diligencia deste segundo papel,) es, que no tiniendo don Pedro de Villaseñor mas q̃ dos hijos, a doña Maria, y a don Diego de Villaseñor, y auiendose obligado don Diego juntamente con su padre, y madrastra, a la seguridad, y saneamiento de la promessa de dote in solidum, como Reo principal: y siendo el la persona en cuyo fauor la pregmatica de Madrid anulò la dote de su hermana, en quanto al excesso de la legitima,

fue

fue visto con su misma obligacion aprobar el excesso de la dicha promessa, y hazer el contrato valido, sanando la nulidad con su proprio consentimiento, ex traditis per Baeça *de dote, cap.* 10. *à num.* 55. & melius *cap.* 36. *num.* 8. vbi quod frater fideiussor tenetur ad dotem sororis, etiam inofficiosam, quia censetur excessum aprobare in sui præiudicium, & contractum validum eficere. De que resulta, que la fiança de la madrastra fue valida, y firme, auiendolo sido la obligacion principal; y que quando la promessa, y dotacion huuiesse sido nula en el excesso de la legitima, no auiendose quexado don Diego, ni dicho de nulidad, siendo el interessado en ella, no puede hazerlo doña Ysabel de Roda, ni su heredero, que son terceros, a quien no toca la dicha nulidad, *vt ex l. Iulianus, §. si quis coludente, & §. si à pupillo, ff. de actionib. empt.* tradit post alios plures Mantica *lib.* 3. *de tacit. & ambig. conuention. tit.* 16. *num.* 12. y assi no ay causa para que la fiança se tenga por nula, ni lo cobrado en virtud della por indeuido.

Pero esta oposicion, y objeccion tiene facilissimas, y concluyentes respuestas: para cuya inteligencia se presupone, que en la nulidad de las donaciones, o dotes inoficiosas y excesiuas contra lo dispuesto por la pregmatica 101. de Madrid, se consideran interessados, no solo los hermanos de la dotada, sino tambien el mismo padre que constituyò la dote, o hizo la promessa: y cada vno dellos por su interes puede impugnarla, y venir contra ella: los hijos despues de muerto su padre, por el remedio de la quærella inofficiosæ donationis, adinstar quærellæ inofficiosi testamenti: porque como el fundamento es la lesion que les resulta en sus legitimas, y estas no se les deuen viuo patre, *ex l.* 1. *§. impuberi, ff. de collat. bonor.* es forçoso aguardar a que el padre muera para valerse deste remedio, vt tradunt DD. omnes *in l.* 1. *C. de inofficios. donat.* & post alios obseruat Angul. *de meliorat. ad l.* 7. *gloss.* 1. *num.* 7. Baeça *de dote, cap.* 34. *num.* 9. Num. 10.

num.9. & seqq. Matienç. *in l.1. titu.2. lib.5. gloss.4. num.2.* Vincenc. de Franc. *decis.170. per totam.* Y el padre en su vida, que respecto de la nulidad qne cõtiene la dote en el excesso de la legitima, puede venir contra su mismo hecho, vt defendit ex pluribus Baeça *in tractat. de dote, cap.34. num.2. & seqq.* Matienço *in l.3. tit.8. lib.5. recop. glos.7. num.6.* Angulo *in tract. de melioratio, in dict. l.10. gloss.5. num.4. & seqq.* Mieres *de maiorat. 2. tom. 4. par. quæst.15. nu.45.* Azeued. *in l.1. num.25. tit.2. lib.5. recopil.* Parlad. *lib. 2. quotidiana. cap. fin. 1. par. §.12. num.25. ad finem,* Messia Ponce *in tract. de taxa panis, conclus.6. nu.72.* Menchac. *de sucessión. creation. lib.1. §.10. num.284.* Ioann. Baptist. Costa *in tractat. de rata, & quot. quæst. 113. num.12. vbi ex l. si filius, C. de donat.* & ex Beroio *cons.49. num.53. vol.1.* parificat in hac actione patrem, & filios, quod ipsum facit, Palac. Rubi. *in l. 17. Taur. num.43.*

Num. 11. El fundamento desta opinion es fortissimo: nempè, que los actos hechos contra la ley prohibitiua, mayormente quando tiene decreto irritante, como la pregmatica 101. de Madrid, son nulos ipso iure, y como tales se pueden impugnar por el mismo que los haze, *vt ex l.1. C. de liberal. caus.* & ex doctrina Bart. & aliorum, *in l. post mortem, ff. de adoptionib.* tradunt Baeç. & Angul. vbi proximè, Barbosa *in l. 1. 5. par. nu.19. solut. matrim.* & ex multis Marius Giurba *1. par. Lucubration. ad consuet. Massan. cap.14. gloss. 5. à num.10. & seqq.* Y Baeça dicto *cap.34.* desde el *num.3.* comprueua esta conclusion con tres similes: scilicèt, con el de la donacion hecha, vltra permissionem legis sine insinuatione, quæ potest impugnari ab ipsomet donatore: y la venta del fundo dotal, q̃ la puede reuocar el mismo marido que la hizo: y la venta de los bienes del mayorazgo prohibidos de enagenar por la ley, y por el fundador, que la puede deshazer el mismo vendedor, quæ omnia ex nullitate actus aduersus legem prohibitiuam facti procedun-

dunt, quæ, & alia exempla in id adducit, Pinel. *in l.1. 3.par.num.73. C. de bon. matern.* Yo añado, que respeto de la clausula irritante que tiene esta ley; la promessa inoficiosa vltra legitimam, no puede produzir obligacion alguna de parte del padre, y consiguientemente tampoco puede produzir accion en fauor de la hija, o el yerno: quia ex quocumque cõtractu ab ipsa, l. irrito, vel nullo, nulla oritur obligatio, neque ciuilis, neque naturalis, nulla etiam actio, *vt ex l. non dubium, C. de legib.* tradit ibi Iasson post antiquiores, *num.*8. Messia Põce pluribus exornans, *ad leg. Toleti, tertiæ partis, 2. fundam. num.*17. *& sequenti*, Baeça *de dote, cap.*29. *num.*8. plenè Surdus *decis.*268. *num.*9. & est text. expressus, *in l. si genero dotem, C. de iure dot.* ibi: *Nec tibi prohibente lege quærere, potuit actionem, l. dotale predium, ff. de fund. dota.* ibi: *Quia mulier ex pacto actionem, non habuit.*

Y aunque Ayora *de partit. 2. par. cap.*20. *num.*74. y Gutierrez *lib. 3. practic. quæst.*42. per totam, maximè *num.*17. Burg. de Paz *cons.*34. *num.*3. vsque ad *numerum.*20. tuuieron la contraria opinion, scilicèt, q̃ el padre no puede venir cõtra su mismo hecho impugnãdo la dote inoficiosa, o promessa q̃ hizo a la hija, mouidos por la regla de la ley post mortem, ff. de adopt. quod nemini licèt aduersus propriũ factũ venire; y porq̃ la *ley 29. de Toro*, para ver si la dote es inoficiosa, o no, tiene elecciõ la hija, para q̃ se regule cõforme al valor de los bienes q̃ su padre tenia quando la dotò, o a los que dexare al tiempo de su muerte; y de aqui infieren, que no puede el padre mientras viuiere reuocar el excesso, porque seria quitarle a la hija la eleccion que le da la ley, computando el excesso antes del tiempo de la muerte de su padre, que ella pudiera escoger. Esta opinion no es considerable, assi por ser tan inferior en el numero de los Doctores que la tienen, como porque los fundamentos no son concluyentes, aduirtiendo, que la regla de la ley post mortem, se limita por todos los Doctores, Num. 12.

C (nemine

(nemine discrepante,) en el acto nulo hecho contra la prohibicion de la ley, ex Doctoribus supra relatis; y Gutierrez reconoce llanamente, que la limitacion de la ley post mortem, y de la ley cum à matre, en que se funda nuestra opinion afirmatiua, es fortissima, y concluyente, a no estar de por medio la decision de la *ley 29. de Toro*, a q̃ el reduce todo el fundamento de su opinion negatiua.

Num. 13. Y la *ley 29. de Toro*, no habla en el caso deste pleyto, ni se puede traer para decidir la question, an pater possit reuocare, vel impugnare dotem, aut promissionem inofficiosam aduersus prohibitionem legis à se ipso factam. ¶ Tùm: porque habla en el caso contrario, mortuo iam patre, quando los hijos vienen a partir, y diuidir su herencia, ibi: *Quando algun hijo, o hija viniere à heredar, o partir los bienes de su padre, &c.* & ibi: *Pero si se quisieren apartar de la herencia, lo puedan hazer, saluo si la tal dote, o donacion fueren inoficiosas, &c.* Et sic, habla en el remedio de la quærella inofficiosæ dotis, vel donationis, que compete a los hermanos post mortem patris; y en este caso vino a decidir dos questiones que auia muy cõtrouertidas de derecho comun. La primera: an cõstante matrimonio filiæ possit rescindi dotis datio, vel promissio: porque parece, que viuiendo el marido duraua en la dote la razon de causa onerosa que impedia el efecto de la quærella inofficiosi, vt per Matienç. ibi *gloss. 6.* Gutier. *lib. 3. practi. quæst. 41. nu. 14.* y determina, que la recision se haga statim mortuo patre, sin aguardar a que se disuelua el matrimonio de la hija dotada, ibi: *Puesto que sea durante el matrimonio.* Y la otra quæstion: an ad regulandum excessum, seu inofficiositatem dotis datæ, vel promissæ, sit considerandus valor bonorum patris tempore mortis, vel tempore, quo dos data, vel promissa fuit, vt per Matienço ibidem, *gloss. 9.* Y en esta question conformandose con la mas comun opinion, decidio aquella ley, que en las demas donaciones se

tuuiesse

tuuiesse respecto al valor de los bienes que el padre dexasse al tiempo de su muerte, pero en la dote dio eleccion al yerno, que se considerasse el que el quisiesse de los dos tiempos; o el de la muerte del suegro, o el tiempo en que se le dio, o prometio la dote, compensandole con el beneficio particular desta eleccion, el agrauio de mandarle reformar el excesso en fauor de los demas hijos constante el matrimonio. ¶ Tùm etiam: porque por palabras expressas aquella ley habla, con presupuesto, que la dotacion, o promessa en lo que es vltra legitimam, nempè, el tercio, y quinto, fuesse valida, ibi: *Se mire a lo que excede la legitima, y tercio, y quinto de mejoria, en caso que el que la dio podia hazer la dicha mejoria, quando hizo la dicha donacion, o dio la dicha dote.* Y la pregmatica de Madrid, que es la ley deste pleyto, habla en caso contrario, anulando expressamente, quidquid datum fuit vltra legitimam, prohibiendo qualquiera mejora de tercio, y quinto; ex qua prohibitione quilibet excessus nullus est ipso iure, vt per Baeçam *cap. 33. num. 6.* Y asi la decision de la *ley 29. de Toro*, que vino a decidir questiones, y casos diferentes, no puede hazer argumento, ni consequencia legitima, en los terminos de la pregmatica de Madrid, cum à diuersis non fiat illatio, *ex l. Papinian. exuli, ff. de minoribus*, vnde Alphons. de Azeued. *in l. 3. tit. 8. lib. 5. nu. 18. & in l. 1. tit. 2. lib. 5. & in l. 7. tit. 6. lib. 5.* obseruò con gran consideracion, y fundamento, que la eleccion de los dos tiempos que da la *ley 29. de Toro*, no ha lugar en el caso de la pregmatica de Madrid, dõde precisamente se ha de considerar solo el tiempo de la dacion, o promessa de dote, idque ante eum resoluit Baeça *de dot. cap. 31. num. 2. & seqq.* y Burgos de Paz *dict. cons. 34. num. 6.* expressamente reconocio, que la *ley 29. de Toro*, no habla en el padre, que trata de reuocar la dote, o la promessa en su vida, sino en los hijos, qui mortuo patre, pretenden reuocarla por el remedio inofficiosi.

Por

Num. 14. Por manera, que la nulidad que la promessa, y dotacion de doña Maria de Villaseñor tuuo en su rayz, y principio, en quanto al excesso de la legitima, no solo fue en fauor de don Diego su hermano, para que el pudiesse post mortem patris, intentar su quærella inofficiosæ dotis, sino tambien en fauor del mismo padre que hizo la promessa, o dotacion, para que desde luego pudiesse impugnarla por qualquiera de tres caminos, o por via de excepcion, al tiempo que el yerno le executasse por el cumplimiento de los tres mil ducados que le prometio a plaços, vt per Baeçam *de dot. cap.* 36. Gutierrez *lib.* 2. *quæst.* 15. & post eos Parlad. *lib.* 2. *rer. quotid. cap. fin.* 1. *par.* §. 12. *num.* 35. *verbo, ex his autem*: o por via de accion reuocatoria, vsque ad legitimam, despues de entregada la dote, ex Doctoribus supra relatis; o en el caso que sucedio, auiendole salido al yerno incierta la dote, en quanto a la mitad del molino del Amor, y nueue tahullas de tierra de moredal, que le quitarõ los acreedores por los censos, acudiendo el yerno a pedir el saneamiẽto, pudiera excluyrlo el suegro cõ la excepcion de la nulidad del contracto en lo que huuiesse excedido de la legitima: porque siendo como fue la promessa y dotaciõ nula en su rayz en quã to al excesso; nõ solo cessa la obligacion de euicciõ, que aliàs viene de naturaleza del mismo contracto, iusta tradita per DD. *in l.* 1. *C. de dotis promis.* pero aũ la que viene en virtud de pacto expresso, y particular: porque aquel pierde su fuerça, no auiendo rayz de contracto valido en que subsista, *vt per glos. in cap.* 1. *in princip. verbo, actione, de prohibit feud. alienat.* per Federic. & ibi Bald. *nu.* 22. & 23. Tiraquel. *de retract. lignag.* §. 12. *glos.* 1. *num.* 12. & quod ex contractu nullo agi non posit, de euictione, etiam expresse promissa, tradit glossa communiter recepta *in l. si patronus,* 3. §. *patronus, verbo, fauiana, ff. si quid in fraud. patron.* quam post plures sequitur Tiraquel. *de iure const. tat,* 3. *par. limit.* 7. *num.* 28. & plures allegans Ludo-

Impugnatio nullitatis prouenientis ex testamento inofficioso est triplex.

uic.

uic. Mesia *ad leg. Toleti, 2. part. fundamento 7. nu. 13. fol. mihi* 68. Menoch. *consi.* 388. *num.* 16. *volum.* 9. & in his ipsis terminis quod pater non teneatur de euic tione dotis inofficiosæ promissæ, vel traditæ Baeça *cap.* 32. *num.* 16. Azeued. *in l.* 1. *titu.* 2. *lib.* 5. *recopil. nume.* 32.

De que resulta necessariamente, que doña Ysabel de Roda, como fiadora de su marido, pudo vsar de los mismos remedios y excepciones contra doña Maria de Villaseñor, para excluyrla al principio de la cobrança de la dote, reduziendola a la cantidad de la legitima: y para excluyrla assimismo de la euiccion que despues pidio del precio del molino del Amor. Siendo como es assentada conclusion, y sin controuersia, que todas las excepciones reales que miran a impugnar el contracto, de la misma manera competen al fiador, y a sus herederos, que al deudor principal y los suyos, *l. si stipulatus* 15. *l. ex persona* 32. *ff. de fideiussorib. l. exceptiones* 7. §. 1. *l. omnes* 19. *ff. de exceptionib. l. defensiones, C. eodem tit.* Surdus, *decis.* 301. *num.* 12. & post innumeros Antonius Heringius *de fideiussorib. cap.* 27. 4. *p. nu.* 10. & *seqq.* maximè *num.* 57. vbi in terminis quod fideiusori competit immodicæ donationis exceptio, quæ competit principali donatori, & in his terminis Baeça, *toto cap.* 35. Num. 15.

Hoc supposito: en dos tiempos se puede considerar el consentimiento de don Diego de Villaseñor, para induzir la validacion de la promessa de dote de su hermana, en el excesso de la legitima: el tiempo del otorgamiento de la escritura: y despues de otorgada todo el tiempo que padre y hijo viuieron, sin auer reclamado, ni dicho de nulidad contra ella: y en ninguno destos dos tiempos la promessa y dotacion adquirio fuerça y validacion en quanto al excesso de la legitima, en perjuyzio de doña Ysabel de Roda y sus herederos, para excluyrlos del remedio, y excepcion de la nulidad. Num. 16.

Porque al tiepo del otorgamiẽto de la escritura

exceptio realis quæ respicit ad impugnandum contractum equaliter competunt fideiussori et eius heredibus ac competit principali

lo que en ella hizo don Diego de Villaseñor, fue obligarse juntamente con su padre, in solidum, como Reo principal a vna simple dotacion, y promessa de cantidad de cinco mil ducados en fauor de su hermana, sin que en la escritura se hiziesse mencion, que se hazia mejora de tercio, ni de quinto a doña Maria, ni de lo que pariesse exceder de su legitima, ni se dixesse cosa alguna por donde dō de don Diego pudiesse entender que su hermana yua mejorada contra la disposicion de la ley: y assi de aquella obligacion no pudo resultar consentimiento, ni aprobacion tacita, ni expressa de la mejora, y excesso de la legitima; porque pudo engañarse, entendiendo que los cinco mil ducados de la promessa cabian en la legitima paterna de su hermana: quia quod nullum est ratificari, non potest abeo qui scientiam nullitatis specificam, non habet, *vt ex l. mater, §. cæterum, de inofficios. testam.* tradunt DD. Rotta apud Farinac. *decis. 535. num. 12. 1. part. nouissim. & decis. 662. num. 6. 2. par.* & ex optima distinctione resoluit in terminis Baeça *in tractat. de dote, cap. 10. num. 130.* & latius, *cap. 12 nu. 1. & 2. ibi: Primo casu, si pater diserte dicit se meliorare filiam ratione dotis, & filius ratam habet meliorationem, melioratio valet ratione aprobationis, & consensus, vt dixi cap. 10. à num. 54. & num. fin. si vero solum se obligat cum patre ad soluendum centum pro dote: certe si melioratio resultat non valet, quid enim si ignorauit ex illa summa resultare meliorationem certe dici non potest, cum consensisse sororem meliorari, &c.* hæc Baeça, & iterum cap. 35. num. 8. in fine.

Num 17. Y quando don Diego huuiera entendido, que la promessa era inoficiosa, y excesiua, y la huuiera aprobado expressamente en la dicha escritura, lo que aquella aprobacion, y consentimiento pudiera obrar, fuera, que don Diego quedara obligado como Reo principal, a hazer buena la promessa, y dotacion, in vim expressæ obligationis, pagado

do de su mismo patrimonio el excesso de la legitima, que por la prohibicion de la ley no se podia cobrar de su padre, como la pagara qualquier otra persona estraña, que se huuiera obligado, in solidum, con el padre: y quedara en fuerça del consentimiento, excluydo de vsar de la excepcion, y remedio de la nulidad de la mejora, y excesso que en su fauor introduxo la pregmatica de Madrid; pero no pudiera su consentimiento, y obligacion validar el contracto, y quitarle el vicio de la nulidad en la parte que tocò a la obligacion de su padre, el qual por la dicha promessa quedara solamẽte obligado hasta en la concurrentte cantidad de la legitima de la hija, y todo lo demas a cargo del dicho don Diego, vt eleganter resoluit Baeça *dict. cap. 12. nume. 5. & seqq. & cap. 36. à nume. 13. & seqq. & nume. 17.* De que resulta, que por el otorgamiento de la dicha escritura, en la forma que quedo hecho en aquel primero tiempo; assi como el contracto quedò sugeto a la nulidad que le influyò la pregmatica de Madrid en el excesso de la legitima, en quanto a la obligacion principal del dicho don Pedro de Villaseñor; lo quedò tambien en quanto a la obligacion accessoria de doña Ysabel de Roda, y sus herederos, que como fiadores del dicho don Pedro les quedò ilesa, y entera la misma excepcion, y defensa, assi porque su fiança no se podia estender a mas de lo que comprehendio la obligacion principal, *ex regul. l. Græcè, §. illud, de fideiussorib.* & ex late traditis a Pedro Hering. *in tract. de fideiussorib. cap. 24. à num. 32.* como porq̃ siendo excepcion del Reo principal, y de las que mirà a impugnar el contracto, es por necessaria consequencia excepcion del fiador, ex iuribus, & Doctoribus supra relatis. fideiussio non potest extendi ad ampliu[s] quam obligatio principalis

Y en el segundo tiempo, despues de otorgada la escritura de dotacion, y promessa; aunque don Pedro de Villaseñor, y su hijo no reclamaron, ni di- Num. 18.

xeron

xeron de nulidad contra ella, ni trataron de reformar el excesso de la dote: el silencio de padre, y hijo no pudo validar el contracto, ni purgar el vicio de la nulidad en perjuyzio de doña Ysabel de Roda, y sus herederos, aquien como a fiadores del cõtracto se auia adquirido irreuocablemente la excepcion: porque aunque es verdad, que el remedio de la nulidad entonces ha lugar, quando lo pide la parte en cuyo fauor la introduxo el derecho *ex regul. legis* 4. §. *hoc autem iudicium, de damn. infect.* & ex latè traditis à Hieronim. Gonçalez *in reg. mensiũ, gloss.* 56. *num.* 48. *& seqq.* & in terminis obseruat Messia Ponce *in taxa pan. conclus.* 6. *num.* 72. Azeuedo *in l.* 1. *num.* 2. *tit.* 2. *lib. recop.* Baeça *de dote, cap.* 10. *nu.* 67. Esto se entiende, quando en la nulidad de la promessa, o donacion huuieran sido ellos solos los interessados, que en tal caso huuiera sido en su mano, passar con la nulidad sin reclamarla, y con su silencio quedara el contracto aprobado en perjuyzio suyo, y de sus herederos, ex iuribus, & Doctoribus supra relatis. Pero auiendo como auia otro tercero interessado en la misma nulidad, que era el fiador del contracto, a quien tambien competia la misma excepcion, no pudieron ellos aprobar la promessa en su perjuyzio, ni doña Ysabel, y sus herederos tienen necessidad para valerse de la nulidad del contracto, que los Reos principales la ayan intentado, o no, ex optimo, & singulari textu, *in l. si post mortem* 10. §. *fin. ff. de bonor. posse. contra tabul.* Para cuya induccion se presupone: lo primero, que la pretericion del hijo en potestad, haze el testamento nulo, *ex l. inter cætera, ff. de liber. & posthu.* pero està en la voluntad del hijo preterito gozar, o no deste beneficio, y no quiriendo dezir de nulidad, el testamẽto queda valido, *ꝛ tex l. filio præterito* 17. notant ibi glos. & DD. quos refert Hieronym. gonçal. *dict. glos.* 56. *num.* 58. Lo segundo, que el hijo preterito abre el edicto de la bonorũ possessiõ contra tabulas, para

si,

9

si, y para los demas hijos emancipados que se hallan por el testamento paterno instituydos en menores porciones de las que les pudieran tocar abintestato: y assi los emancipados, que por si mismos no pueden gozar de aquel beneficio, porque como instituydos tienen el edicto de la bonorum possession secundum tabulas; lo gozan mediante la persona del hermano preterito, y entran sucediendo juntamente con el, por la bonorum possession contra tabulas, *l.3.§.si quis ex liberis, l. illud 4.§.fin. ff. de contra tabul.* Y este beneficio les es de dos vtilidades. Vna, que aunque por el testamento paterno huuiessen quedado grauados con muchos legados, y fideicomissos particulares a q̃ auian de estar obligados, sucediendo secundum tabulas: contratabulando el testamẽto, ex beneficio fratris præteriti, entrã sucediẽdo sin obligaciõ de satisfacer los legados, y fideicomissos dexados a los extraños, *l. is qui in potestate, §. sed si vnus, de leg. præst.* La otra (q̃ es cõsequtiua de la primera,) que sucediendo por la bonorum possession contra tabulas, consiguen mayor porcion, que les pertenecia por el testamento: porq̃ suceden ygualmente con el hermano preterito, en las porciones que les pertenecen ab intestato, *l. non putabit, §. fin. ff. de contra tabul.* quæ omnia vltra DD. *in l. posthumo, C. eodem tit.* obseruat Riciardus *ad §. sunt autem, num. 15. Instit. de bonorum posses.* Hoc supposito: en la ley si post mortem, *§. fin.* dudose: no queriendo el hijo preterito dezir de nulidad, y contratabular el testamento paterno, sino passar con la pretericion, y quedarse prejudicado, y excluydo de su legitima, si podra el otro hermano a quien cõpete el edicto por la persona del preterito, gozar del beneficio de la nulidad, y contratabular el testamento paterno: sin embargo que el hermano no lo quiera hazer: y dize Vlpiano que si: his sanè verbis. *Hi qui, propter alios, cõtra tabulas bonorum possessionem petunt, non expectant, vt præteriti bonorum possessionem accipiant: verum ipsi quoque bo-*

Legata cessant contra tabulando testamentum et heredes equaliter succedunt.

Nota q.ª Particularis et.

 norum

norum possessionem contra tabulas petere possunt: cum enim semel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi: iam non curant petant illi, nec ne bonorum possessionem. Y la conclusion que Bartulo saca deste texto, es, q̃ del beneficio que a mi me compete ex iure alterius, possum vti contra alium, illo inuito, & sequuntur DD. *in l. posthumo, C. eodem tit.* maximè Iasson, *nume. 9. &* 10. Castrensis, *num.* 5. Corneus, *num.* 26. optime Ruynus, *cons.* 77. *num. fin. in fine, lib.* 4. & ex pluribus iuris fundamentis Petrus Riciardus *in dict. §. sunt autem, n.* 14. *Instituta de bonorum possessio.* Y lo mismo es: aunq̃ el hijo preterito aprueue expressamente el testamẽto paterno, y quiera prohibir al hermano, que vse del remedio de la nulidad contra el testamento: adhuc enim emancipatus ex persona, & beneficio præteriti, habet ius contratabulandi: *Ex dicto §. hij qui propter alios,* tradunt DD. *in dict. l. posthumo, C. de contra tabulas,* maximè Bald. *num.* 3. ibi: *Quæro numqui præteritus, possit approbare testamentum in præiudicium fratrum, quibus non est aperta via? Et videtur quod sic: quia illi non habent causam dicendi nullum, nisi ex iniuria aliena: vnde, si principalis remittit iniuriam præteritionis alij non debent posse allegare iniuriam tertij. Tu dic contra per legem si post mortem, §. fin. ff. de contra tabulas, & ita tenet hic Cinus, &c.* Antoni Capici, *decis. Neapo.* 194. *nume.* 8. Ludouic. Roman. *cons.* 24. *num.* 2. *in fine.* Petrus Riciardus, *in dict. §. sunt autem, num.* 16. & vtrũque tradit eleganter Cephal. *cons.* 133. *à nume.* 118. *& seqq. volum.* 1. ibi: *Tertio respondeo, quod vbicumque nullitas actus solum concernit vtilitatem domini, tunc ita demum est nullus, si ipse vellit. l. vniuersa, vbi etiam Bart. & ceteri, C. de precib. Impera. oferend. cum enim agatur de suo simplici fauore ei potest renuntiare, l. penultima, C. de pact. cum similibus, cui tacendo, & non declarando quoquo modo suam voluntatem, tacitè censetur renuntiare: ita loquuntur omnia, quæ exigunt domini declarationem, si diligenter considerentur. Secus quando ipsa nullitas afert vtilitatem non solum, ipsi domino directi, verumetiam alteri: quia*

tunc

tunc domini taciturnitas, non validat actum ad præiudicium alterius, & sic domini taciturnitas non nocet alteri, l. filio præterito, ff. de iniusto rupto, iuncto textu notabili in l. si post mortem, §. fin. ff. de bonor. possess. contra tabul. &c. & faciunt tradita per Banzi. in *tract. de nullitat. tit. qui possunt dicere de nullitat. nu. 31. vbi ex l. principaliter, la segunda, C. de liberal. caus.* resoluit quod tertius ad iudicium veniens potest de nullitate dare pro suo interesse, etiam si reus principalis recuset, & expresse prohibeat. Optimè afflict. *decis.* 107. *nu.* 3. vbi quod nullitas alienationis rei Ecclesiasticæ, potest a tertio allegari, etiam si Ecclesia nihil dicat. Que son textos, y doctrinas en terminos, para probar, que auiendo sido la promessa, y dotacion sobre que es este pleyto nulla en su rayz y principio, en quanto al exceso de la legitima ex legis dispositione: y auiendose adquirido derecho al padre, y al hermano de la dotada, para dezir de nullidad, y reformar el excesso; assi por via de excepcion para excusar la paga, como por via de accion para repetirla; ex iuribus, & Doctoribus supra relatis, *num.* 14. y teniendo consecutiuamente el mismo derecho doña Ysabel de Roda, y sus herederos, como fiadores del contracto: el silencio de los principales obligados, de no auer dicho de nulidad, ni impugnado la dicha promessa, no pudo validar el cōtracto en perjuyzio de los dichos fiadores, ni priuarlos del derecho adquirido por la dicha nulidad, ni lo pudieran hazer, aunque huuieran hecho aprobacion expressa de la mejora, y aunq̃ salieran impugnando, y contradiziendo el intento de los fiadores. Mayormente considerando, que estos adquirieron derecho de la nulidad, in ipso initio contractus, por el excesso que en el hizo, y cometio don Pedro contra la prohibicion de la ley, y por beneficio de la misma ley, que les comunicò este remedio, y no por voluntad de los principales; y assi entran gozando del, independēte, y absolutamente, vt

pro

pro ratione tradit eleganter Baldus *in dict. l. posthumo, num. 3. in fine, C. de bonor. possess. contra tabul.* ibi: *Quia fratres non veniunt beneficio præteriti: nec habent causam à præterito, sed ab edicto prætoris, & stultitia testatoris.*

Num. 19. Ex quibus omnibus planè sequitur, que doña Maria de Villaseñor no pudo vsar de la escritura de promessa de dote, ni del pacto de la euiccion en ella contenido, para cobrar de doña Ysabel de Roda, y sus herederos, los dos mil ducados del valor del molino del Amor que les salio incierto, como no pudiera hazerlo contra su padre, supuesto que en aquella cantidad, y mucho mas, la promessa, y dotacion tuuo nulidad: y assi la possession que tomò del heredamiento, y tierras de Benamaynete en pago de los dichos dos mil ducados, fue indeuida, y sin causa legitima, y como tal la deue boluer, y restituyr à don Luys de Roda con los frutos, y rentos, quasi condictione indebiti, & ex iniusta causa, ad tradita *per gloss. in rubrica, ff. de interdict.* vbi Rippa *num. 3.* & sequitur Surdus *cons. 268. num. 17.* Natta *cons. 535. num. 12.* & in terminis, quod condictio indebiti, vel sine causa competat, etiam fideiussori indebiti soluenti, tradit post alios plures Heringius *in tractat. de fideiussor. cap. 20. §. 1. num. 25. & cap. 25. nu. 125. & seqq.* Quæ sint dict. sub V. D. C.

El Doctor de la Gasca.